

## Los riesgos del interés superior del niño

### O cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la Convención

por **Diego FREEDMAN**

#### **El interés superior del niño como el "Caballo de Troya" de la Convención sobre derechos del niño**

*Se dirigió a Demódoco el muy inteligente Odiseo:  
'Demódoco, muy por encima de todos los mortales  
te alabo; seguro que te han enseñado Musa, la hija  
de Zeus, o Apolo. Pues con mucha belleza cantas el  
destino de los aqueos -cuánto hicieron y sufrieron y  
cuánto soportaron- como si tú mismo lo hubieras  
presenciado o lo hubieras escuchado de otro allí presente.  
Pero, vamos, pasa a otro tema y canta la estratagema  
del caballo de madre que fabricó Epeo con la ayuda  
de Atenea; la emboscada que en otro tiempo condujo  
el divino Odiseo hasta la Acrópolis, llenándola de los  
hombres que destruyeron el Ilión [...]'*

*Así habló, y Demódoco, movido por la divinidad,  
Inició y mostró el canto [...] Ya estaban los emboscados  
Con el insigne Odiseo en el ágora de los troyanos,  
Ocultos dentro del caballo, pues los mismos troyanos  
lo habían arrastrado hasta la Acrópolis.*

*Así estaba el caballo, y los troyanos deliberaban  
en medio de una gran incertidumbre sentados  
alrededor de éste. Y les agradaban tres decisiones:  
rajar la cóncava de madera con el mortal bronce,  
arrojarlos por las rocas empujándolo desde lo alto; o  
dejar que la gran estatua sirviera para aplacar a los  
dioses. Esta última decisión es la que iba a cumplirse.  
Pues era su Destino que perecieran una vez que la*

*ciudad encerrara el gran caballo de madera donde  
estaban sentados todos los mejores de los argivos  
portando la muerta y Ker para los troyanos. Y cantaba  
que unos por un lado y otros por otro iban devastando la  
elevada ciudad, pero que Odiseo marchó semejante a  
Ares en compañía del divino Menelao hacia el palacio de  
Deífobo.*

**HOMERO, *La Odisea***

Al igual que los troyanos y con el ánimo de establecer justicia en la relación entre Estado y niños, el concepto jurídico del "interés superior del niño" ha sido insertado en el cuerpo normativo de la Convención.

Al igual que el legendario caballo de madera<sup>1</sup> del relato de HOMERO, este concepto recepta a la "enemiga concepción tutelar" en su seno y amenaza con poner en riesgo la efectividad del modelo de protección integral de los derechos de los niños y fortalecer las prácticas tutelares.

A diferencia de la destrucción de Troya, todavía está a nuestro alcance recurrir a argumentos jurídicos para evitar que este concepto fortalezca normativamente las prácticas tutelares. No creemos que el Destino de la infancia sea el sometimiento a la tutela estatal; parafraseando a GARCÍA MÁRQUEZ, aun confiamos en que la infancia no es una estirpe condenada a más de cien años de sometimiento a un régimen tutelar.

En otro ensayo ya hemos realizado esta comparación y considerado que el concepto jurídico del interés superior del niño inserto en la Convención sobre los Derechos del niño<sup>2</sup>, es un "Caballo de Troya"<sup>3</sup>. Dicha aseveración surge de que este enunciado normativo suministra al órgano aplicador de la Convención un anclaje normativo para ejercer, con un gran ámbito de discrecionalidad, prácticas tutelares, cuyas consecuencias jurídicas son la restricción de la autonomía personal y el resto de los derechos de los niños.

---

<sup>1</sup> Los historiadores han confirmado que hubo un enfrentamiento entre los aqueos o argivos y los habitantes de la ciudad de Troya, sin embargo lo que no existió fue la estratagema de Odiseo (Ulises), reseñada brevemente en *La Odisea* de Homero. Se cree que en realidad un traidor dibujó un caballo en una sección del muro de la ciudad para señalar a los argivos en cuál de las puertas se permitiría su ingreso.

<sup>2</sup> En adelante, la Convención.

<sup>3</sup> Citar artículo de "Más Derecho?".

Con el fin de aclarar tamañas conclusiones, nos vemos obligados a iniciar la siguiente exposición.

## **Algunas características del sistema tutelar:**

### **En interés del menor**

El sistema tutelar en material juvenil ha significado, desde su instauración a principios del siglo pasado en nuestro país<sup>4</sup>, un ejercicio del poder discrecional, por parte de los órganos encargados de ponerlo en funcionamiento<sup>5</sup>. Este ejercicio del poder se fundó en todo momento en el "interés del menor", o sea, en beneficio del propio niño<sup>6</sup>. Fue tal la hipocresía que bajo este sistema se adoptan medidas intensamente restrictivas de los derechos de los niños, de su autonomía personal, bajo el halo de su protección o tutela<sup>7</sup>. Esas cuatro palabras tenían el poder de legitimar discursivamente

---

<sup>4</sup> La primera ley que responde a un sistema tutelar la dicta el Congreso Nacional en nuestro país en 1919 (ley 10.903, conocida como "Ley Agote").

<sup>5</sup> En relación con la discrecionalidad del sistema tutelar, García Méndez ha considerado que "[l]a discrecionalidad omnímoda del derecho de menores legitimada en la bondad protectora de sectores débiles y sobre todo incapaces, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo", GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, en *Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia*, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, ps. **20 y 28**.

<sup>6</sup> Se ha sostenido que la ideología que sustenta el sistema tutelar han convertido "al niño y al joven en objeto, no en sujeto de derechos, en un ser dependiente, que ha de ser sometido a la intervención protectora y educadora del Estado, la cual es profundamente selectiva [...] [y] provoca una identificación entre protección al niño y sanción, sobre la base de un pretendido objetivo de beneficencia o bienestar", BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Perspectivas...". Op. Cit. Pág. 65. "En general, la política criminal tutelar no utilizó *a priori* un argumento de justificación peligrosista clásico sino que utilizó otro, mucho más legitimador, que es el de la protección a la infancia desvalida", mary, 13, modelo. Desde el campo tutelar, se ha considerado que la reclusión en un reformatorio juvenil era en beneficio del niño. Al respecto se dijo que "no es de ninguna manera una prisión, ya que no tiene barrotes ni cerrojos; en su lugar, los muchachos son gobernados por el amor y la amabilidad, ya que nuestro objetivo es cultivar en ellos los buenos modales, la limpieza personal, el lenguaje decente, los hábitos de laboriosidad y la apreciación de las buenas costumbres y la actividad, con el fin de capacitarlos para entrar en hogares donde puedan hacerse hombres y adquirir las cualidades del buen ciudadano", PLATT, ANTHONY M., *Los "salvadores del niño"...*, ob. cit., p. 131.

<sup>7</sup> Adiverte esto PLATT al afirmar que "[a]unque en teoría el reformatorio debía formar una exención de la fuerza punitiva, en la práctica se caracteriza por un régimen de coerción y represión". Coincide PALOMBA al considerar que "el menor padece las consecuencias de un internamiento, con hipotética función reeducadora y protectora, que en nada se diferencia de una forma de privación de libertad por encarcelamiento".

cualquier tipo de abusos y atropellos contra la autonomía y la dignidad de los niños, sólo esa frase hacía desaparecer la construcción de baremos jurídicos desarrollados durante la modernidad para controlar la violencia ejercida por el Estado.

La dificultad para plantar impugnaciones jurídicas o la institucionalización de límites normativos a estas medidas restrictivas residía en que no eran concebidas como una sanción<sup>8</sup>, como un mal<sup>9</sup>. Por ello, este discurso legitimante que teñía el ejercicio de medidas restrictivas de derechos de los niños, resistía tan eficazmente toda instauración de límites normativos, porque

---

Por su parte ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR sostiene que los niños bajo el sistema tutelar sufren del ejercicio del poder punitivo. Al respecto afirman que "se observan (a) supuestos en que la función latente punitiva es casi invariable y clara (institucionalización de niños y adolescentes infractores bajo función maniesta de tutela)", *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 36.

<sup>8</sup> Entiende HANS KELSEN que las sanciones son "actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión" y "consisten en irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien", *Teoría pura...*, ob. cit., p. 123.

<sup>9</sup> Se niega que la sanción aplicada desde el régimen tutelar es en sí un mal, cuando se ha sostenido que "[s]e da el caso de ser necesario, en determinadas ocasiones de simular o acusar al niño de una contravención para que la acción protectora del Estado pueda tornar un beneficio", C. De Arenaza, 1927, G. Méndez, 65.

Paradójicamente, ya Lewis Carroll en su fantástico cuento "Alicia en el país del espejo" planteaba la cuestión de que si los castigos son en sí buenos, no es necesario que la persona que es su "beneficiario" haya cometido una infracción". Transcribiremos el pasaje a continuación.

"¿De qué clase de cosas no se acuerda usted mejor? -se atrevió a preguntarle Alicia.

-¡Oh! De las cosas que sucedieron dentro de dos semanas -replicó la Reina con la mayor naturalidad-

Por ejemplo, -añadió, vendándose un dedo con un buen trozo de gasa -ahí tienes al mensajero del Rey. Está encerrado ahora en la cárcel, cumpliendo su condena, pero el juicio no empezará hasta el próximo miércoles y por supuesto, el crimen se cometerá al final

-¿Y suponiendo que nunca cometa el crimen? -preguntó Alicia. -Eso sería mejor, ¿no te parece? -dijo la Reina sujetando con una cinta la venda que se había puesto en el dedo.

A Alicia le pareció que desde luego eso no se podía negar. Claro que sería mejor -dijo- pero entonces, el haber cumplido condena no sería tanto mejor para él. -Ahí es donde te equivocas de todas todas -le aseguró la Reina-. ¿Te han castigado a ti alguna vez?

-Sólo por travesuras -se excusó Alicia-. -¡Y estoy segura de que te sentó muy bien el castigo! -concluyó triunfante la Reina.

-Sí, pero es que yo sí que había cometido las cosas por las que me castigaron -insistió Alicia- y en eso estriba la diferencia.

-Pero si no las hubieses cometido -replicó la Reina- eso te habría sentado mucho mejor aún. ¡Mucho mejor, muchísimo mejor!". CARROLL, Lewis. "Alicia en el país de los espejos".

no resulta razonable acotar las acciones que propenden al desarrollo personal<sup>10</sup>.

Este "interés del menor" de ninguna manera era el interés del niño concreto, actual y expresado; sino que era sólo una frase justificadora de las decisiones restrictivas de derechos adoptada por el órgano aplicador del "Derecho de Menores".

### **La situación irregular y la tutela indeterminada**

El poder coercitivo, bajo el sistema tutelar, se ejercía contra los niños en "situación irregular"<sup>11</sup>, lo cual, era de por sí es un supuesto de insalvable

---

<sup>10</sup> Al respecto, un párrafo muy claro es el transcrito por GARCÍA MÉNDEZ de un autor que adhería a la doctrina tutelar. Sostenía que "[n]o habiendo castigo para los niños delincuentes sino acción protectora del Estado, que significación tendrían los tribunales para menores? Serían completamente inútiles. Si las cortes juveniles constituyen un perfeccionamiento de las instituciones jurídicas de los Estados Unidos y de Europa, nosotros (argentinos) podemos resolver nuestro problema con un criterio más modernamente y dar un paso más decisivo aún en el sentimiento del progreso. Todo niño que hubiese cometido un acto antisocial sería llevado directamente al instituto de Observación y Clasificación del Departamento Nacional del Niño, y de ahí, después de un prolijo estudio médico-psicológico, al establecimiento más adecuada para su tratamiento médico-pedagógico. Para un criterio estrictamente científico, el propósito es proteger y no castigar. El tribunal por lo tanto es innecesario", FORADORI, A., 1938, p. 343, G. Mendez, 24.

Por ello se sostenía que no era necesaria la aplicación del Derecho penal, entendido como instrumento limitador del poder. Al respecto, se dijo que "[c]omo el niño ha salido del Derecho penal, los Códigos han de declarar que el menor no está sujeto a pena y pueden establecer de modo esquemático los medios protectores y de tutela que serán desarrollados en leyes especiales", JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *El derecho penal del futuro* en "El mundo de la posguerra", Editorial Mundo Atlántico, Argentina, 1948, p. 46. Complementa esta afirmación, Platt al afirmar que la finalidad del movimiento pro-salvadores del niño era "sustraer a los adolescentes de los procesos del derecho penal", PLATT, ANTHONY M., *Los "salvadores del niño"...*, ob. cit., p. 37.

<sup>11</sup> Este concepto es sumamente amplio, ya que permite abarcar "la infancia en peligro, la que no se ha beneficiado de todos los cuidados de crianza y de educación deseables, y la infancia peligrosa, la de la delincuencia", DONZELOT, Jacques. "La policía...". Op. Cit. Pág. 99. El concepto de infancia en peligro o abandonada abarca una gran gama de situaciones como la mendicidad, la vagancia, el trabajo en la vía pública. Se entiende que está en esta situación "[t]oda **niña** que pide o recibe limosna mientras estaba vendiendo o haciendo que vende algún artículo en público, o que frecuenta cualquier calle, callejuela u otro lugar con el fin de pedir o recibir limosna; o que no teniendo lugar de residencia fijo, el debido cuidado de los padres o tutores o suficientes medios de subsistencia, o por cualquier otra causa, vaga por calles y callejuelas y otros lugares públicos; o que vive con, frecuenta o se asocia a ladrones conocidos u otras personas viciosas, o que es hallada en una casa de mala reputación o en una casa indigente", PLATT, ANTHONY M., *Los "salvadores del niño"...*, ob. cit., p. 128-129. "El menor

vaguedad<sup>12</sup>. Asimismo, la consecuencia jurídica de este supuesto, según la propia normativa del sistema tutelar, facultaba al juez a ejercer discrecionalmente restricciones de derechos del niño por tiempo indeterminado<sup>13</sup>. Es decir, que el sistema tutelar difuminaba tanto el antecedente de la sanción<sup>14</sup> como la misma sanción. Podríamos llegar a

---

ingresa al dispositivo tutelar a partir de que algún funcionario estatal considera, discrecionalmente, que se encuentra en una situación “definida” mediante categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, ya que colisionan con el principio de legalidad material, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares. Como es el “menor” quien está en situación irregular -por sus condiciones personales, familiares y sociales-, es objeto de intervenciones estatales coactivas, junto con su familia en gran parte de los casos”, mary, 15, modelo.

Si nos acogemos a lo expuesto en los Congresos Panamericanos del niño se ha entendido en el II Congreso de 1919 que se encuentra en esta situación "todo niño cuya subsistencia y educación no es atendida convenientemente por los padres por carencia de medios materiales...". En el VI Congreso en Lima, se entendió por abandono carecer 'de la tutela y los cuidados domésticos normales'... los motivos del abandono iban desde 'la crisis de familia' hasta los vicios, la ignorancia y la miseria", IGLESIAS, SUSANA, VILLAGRA, HELENA Y BARRIOS, LUIS, *Un viaje a través de los espejos...*, ob. cit., p. 399.

Estas definiciones son similares a la definición establecida en la ley 10.903 en su art. 21, a saber: "la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres, o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o la salud".

<sup>12</sup> La misión del concepto de situación irregular era "legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular", G. Méndez, 130. "La violación de prácticamente todos los principios jurídico básico del derecho liberal en el (no) derecho de menores latinoamericanos, determina que esta categoría designe mucho más una categoría pseudo sociológica imprecisa, que una verdadera categoría jurídica garantista". G. Mendez, 27, nota 5.

<sup>13</sup> Al respecto, se ha afirmado desde el discurso tutelar que "[l]a libertad vigilado debe estar revestida de las características de una sentencia indeterminada. Un término fijo constituye una protección temporaria. Una sentencia indeterminada convierte a la protección en algo de carácter permanente", el Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores (Actas, 1911), G. Méndez, 65.

<sup>14</sup> En este sentido, el antecedente para la aplicación de la sanción, no resulta ser una acción concreta, sino que se reprime un cierto estado o la personalidad del niño. Al respecto, se ha dicho que "[e]l espíritu de las leyes (las de 1945 y 1958) sobre la infancia delincuente y predelincente exige que sea tenida en consideración, más que la materialidad de los hechos reprobados, su valor sintomático, lo que revelan en cuanto al temperamento del menor, al valor de su medio de origen. La instrucción, más que el

afirmar que la norma jurídica del sistema tutelar era de tal amplitud, que poco se diferenciaba de la voluntad omnímoda del juez<sup>15</sup>; que en el caso concreto tenía la plena libertad para crear la norma jurídica individual navegando cómodamente en la laguna de vaguedad irresponsablemente establecida por el legislador.

En consecuencia, dos características de las prácticas tutelares, coherentes con el modelo normativo tutelar, eran las medidas restrictivas de los derechos de los niños eran justificadas discursivamente en "el interés del menor" y permitían la discrecionalidad judicial al operar en un supuesto sumamente vago -"la situación irregular"- y posibilitar diversas medidas por tiempo indeterminado.

### **El marco valorativo del sistema de protección integral**

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se aprobó por aclamación en la sede de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. La condición social y jurídica de los niños ha sido por largo tiempo un asunto considerado del mayor interés por parte de la comunidad internacional.

---

establecimiento de los hechos, debe servir como medio de acceso a la personalidad del menor", DONZELOT, JACQUES, *La policía...*, ob. cit., p. 113.

PLATT agrega que el examen judicial abarca cuestiones ambientales, "[l]os jueces estaban autorizados a investigar el carácter y los antecedentes sociales tanto de los niños 'delincuentes' como de los 'predelincuentes'", PLATT, ANTHONY M., *Los "salvadores del niño"...*, ob. cit., p. 156.

En similar sentido, en el Congreso Panamericano del niño en 1930 en Lima se consideró que "[l]as medidas de 'carácter tutelar y educativo', se adoptaron no 'en consideración al delito cometido sino a la situación y características del menor lo que exige una amplia investigación de su personalidad y de las condiciones de su ambiente familiar y social", IGLESIAS, SUSANA, VILLAGRA, HELENA Y BARRIOS, LUIS, *Un viaje a través de los espejos...*, ob. cit., p. 399.

<sup>15</sup> En relación con el rol judicial en el sistema tutelar, se ha dicho que "el comportamiento debido del juez está equiparado al figura del 'buen padre de familia' [...] entre las múltiples obligaciones de este último no figura la de conocer el derecho para su correcta aplicación. El carácter absolutamente discrecional de sus funciones lo coloca en la situación paradójica de esta técnicamente imposibilitado de violar el derecho. Además la escasa o nula importancia otorgada a las materias bajo su jurisdicción lo exime, en la práctica, de someterse a instancias superiores de revisión", G. Méndez, 132. "De ahí que el juez no esté limitado por la ley en su función protectora

Así, la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional de relevancia que incluyó explícitamente el tema. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño en uno o varios artículos.

"Aunque la comunidad internacional demoró bastante en formalizar en diferentes tratados que los derechos humanos pertenecen también a otros sujetos históricamente marginados, tales como las mujeres, los pueblos indígenas, las personas con necesidades especiales, en relación con la infancia esta formalización y reconocimiento llegaron aún más tarde. Recién sobre el final del siglo XX los niños fueron reconocidos en su subjetividad jurídica y política, como últimos actores sociales invitados a sentarse a la mesa de la ciudadanía", Mary, 2, modelo

Esta transformación se conoce, en la literatura especializada, como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", lo que en otros términos significa pasar de una concepción de los "menores" —una parte del universo de la infancia— como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho. Mary, 2 y 3 modelo.

La concepción tutelar entró en crisis en la década del '60 en los Estados Unidos y en la década de los '80 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989, se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los "Salvadores del Niño", que concebía a la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Mary 18, modelo.

---

paternal y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y sobre el niño", Mary, 16, modelo.



Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89); y sus dos protocolos facultativos: o Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (12/02/02); o Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía (18/01/02)<sup>59</sup>; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85) <sup>60</sup>; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)<sup>61</sup>; Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)<sup>62</sup>; Además de otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>63</sup>; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>64</sup>; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad). Argentina.

La condición de pobre, marginal o delincuente deja de ser una cuestión relevante. Ya no son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al estado a intervenir; sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de una persona menor de 18 años no es más tarea de la justicia penal, que durante un siglo pretendió garantizarlos al precio no sólo de no garantizarlos, sino de violar derechos civiles elementales reconocidos a las personas desde mucho tiempo atrás. En este nuevo modelo, no hace falta cometer delitos para tener familia, ir a la escuela, comer, recibir atención médica, tener casa o no ser maltratado.

Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia juvenil que sólo justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (ya no "potenciales infractores") de la ley penal, como veremos más adelante. Mary,20, modelo.

Los nuevos jueces, en ejercicio de esa función, como cualquier juez, están limitado en su intervención por las garantías y deberán ser idóneos en derecho, mary 22, modelo.

Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales,supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada. mary 22, modelo.

ninguna ley vinculada con la condición jurídica de la infancia, ni el tratado ni las leyes nacionales producidas tras la incorporación de la Convención al derecho interno, cambian automáticamente la realidad. No es la ley por sí sola la que fabrica, produce o reproduce realidad social., mary, 25, modelo

### **En protección del interés superior del niño**

En diferentes normas de la Convención se admite la restricción de los derechos del niño en tutela del "interés superior del niño"<sup>16</sup>. Es decir, que la

---

<sup>16</sup> A continuación transcribimos parcialmente el resto de los artículos de la Convención, en los cuales se encuentra previsto el "interés superior del niño" y opera como pauta interpretativa.

El artículo 9 inciso 1 establece que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño [...] Inciso 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

El artículo 18 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres

Convención faculta a las autoridades públicas que aplican sus normas jurídicas a restringir algunos de los derechos los niños para proteger su "interés superior"<sup>17</sup>.

Por otro lado, en la misma Convención, en el art. 3<sup>18</sup> se establece que en todas las medidas que afecten a la infancia deberá tenerse en cuenta **primordialmente** al "interés superior del niño". De modo, que este concepto jurídico pasaría a ser la cúspide del orden jurídico cuando se aplica a la infancia. Parecería que sobre todos los derechos, en primer lugar, debe respetarse el "interés superior del niño".

### **El interés superior del niño como refuerzo de prácticas tutelares**

Creemos que no es necesario un gran desarrollo para apreciar como se replican las prácticas tutelares<sup>19</sup> con esta disposición normativa del interés superior del niño.

---

o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

El artículo 21 regula que "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...".

El artículo 37 establece que "Los Estados Partes velarán por que... c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales...".

El artículo 40. Inciso 2 dispone que "[...] los Estados Partes garantizarán, en particular: [...] iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales...".

<sup>17</sup> "Otra tema importante es la limitación a derechos en función del interés superior del niño que casi sin excepción hace la Convención cuando reconoce un derecho", Mary, Modelo, 9.

<sup>18</sup> En el artículo 3 inciso 1 se dispone que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

<sup>19</sup> Para entender todo proceso de reforma de un sistema jurídico, en este caso, la justicia juvenil; no reside sólo en el cambio legislativo, sino que es necesario crear una estructura institucional con suficientes incentivos para que los actores promuevan esta reforma a través de sus prácticas. Resulta sumamente clara la exposición de esta problemática por Binder, al estudiar el proceso de reforma de la justicia penal. Al

En primer lugar, nuevamente estamos ante restricciones de derechos de los niños con el fin de expreso de protegerlos o tutelarlos.

Estas restricciones, necesariamente coactivas, operan cuando este interés superior del niño se encuentre afectado y se obliga al órgano aplicador a tomar las medidas necesaria para garantizarlo. Al igual que en el régimen tutelar, otra vez existirían restricciones de derecho teniendo en miras la tutela de los niños. Téngase en cuenta, que las restricciones de derechos que poseen cierta intensidad y son aplicadas a sujetos en particular deben ser consideradas sanciones. Por lo tanto, se opera el ridículo de sancionar, castigar, provocar dolor; en beneficio del niño.

Esto, nuevamente, genera serias dificultades al momento de argumentar jurídicamente en contra de la restricción de derechos; ya que dicha medida es vista como un beneficio hacia el niño. ¿Quién se va a animar a cuestionar medidas que están a favor del interés superior del niño? ¿Con qué planteos uno puede cuestionar estas medidas restrictivas si el interés superior del niño es el principal valor a proteger?

Asimismo, estas restricciones "benéficas" operan cuando se ve afectado este "interés superior" y deben ser adecuadas para tutelarlos. El problema reside en que este "interés superior" es un concepto de suma vaguedad<sup>20</sup>, al

---

respecto considera que "[c]ambiar la justicia penal no es cambia un Código procesal por otro [...] Se trata de introducir en el ampo de la justicia penal, algunas nuevas prácticas reactivas a la tradicional inquisitorial, francamente contrarias a ella, que puedan debilitar la actual estructura de ese campo, debilitando también así los condicionantes que pesan sobre los actores, que afecten las tradicionales alianzas existentes, modifiquen el capital simbólico de alguno de esos actores, generen un nuevo 'sentido del juego' aunque no se imponga todavía y provoquen algunas alteraciones efectivas en lo que 'está en juego'", Binder, *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República*.

<sup>20</sup> Se ha considerado que es "una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico... Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en 'el interés superior' se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra", CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...*, GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 70. En similar sentido, se consideró que "[l]a noción general del *interés superior del niño*, que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del: *interés superior*", SOPHIE BALLESTREM en DÍAZ OJEDA, AUGUSTO, *El interés superior del niño a la luz de la*

igual que el término de "situación irregular". Nuevamente, estamos sometiendo la efectividad de los derechos de los niños a la interpretación de palabras vagas, institucionalizando la discrecionalidad judicial<sup>21</sup>.

Por último, parecería que los órganos aplicadores de la Convención tendrían la aptitud o el don para captar el interés de los niños, pese a que no son representativos y no prevén, al menos en nuestro país, adecuados carriles para captar estos intereses. Nuevamente, se observa que los niños quedan sujetos a lo que intérprete, desde los órganos de poder, entienda como "interés superior del niño". Otra vez se pierde institucionalidad estatal, dependiendo la efectividad de los derechos y el ejercicio de la libertad personal en la voluntad variable y moldeable de las personas.

## **Dos posibles respuestas**

### **Intra-Convención: La reinterpretación dentro del paradigma de la protección integral.**

En virtud de esta situación consideramos, en primer lugar, que el interés superior del niño está previsto normativamente en forma expresa y, por lo tanto, no puede ser desconocido por el saber jurídico. Pero, teniendo en cuenta las críticas esbozadas en este punto, debemos dárle una función y un contenido que sea acorde al paradigma de la "protección integral", lo cual

---

*doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas*, Propuestas de proyectos legislativos sobre niños y adolescentes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, p. 241.

<sup>21</sup> "A pesar de los esfuerzos que algunos autores han realizado para darle un contenido conforme los nuevos paradigmas -que obviamente compartimos-, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por *interés superior del niño* no ha permitido plantear la discusión en términos superadores del viejo paradigma de la situación irregular. Es que se trata de una noción que, aunque inserta en la Convención, respondió a una visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaura con ella. El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que permitió que quien tuviera que decidir cuál era *el interés superior* del niño o niña involucrado —ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etc.— obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales. Su inclusión en la Convención —que era previsible ya que la CDN es producto de un proceso histórico en el que esta categoría, sobre todo en la cultura anglosajona, ha cumplido un rol muy relevante<sup>26</sup>—no ha logrado reducir su uso en este sentido<sup>27</sup> y de hecho es de ese artículo de donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares. Este es un ejemplo claro de lo que llamo una hermenéutica "hacia atrás"<sup>28</sup>, 9 y 10, Mary, modelo.

implicará reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños. De este modo, se contribuirá a consolidar este paradigma dando menos espacios para la actuación tutelar del Estado.

En las líneas siguientes, nos abocaremos a intentar establecer la función y el contenido del interés superior del niño reconocido en la Convención en aras de fortalecer el paradigma de la "protección integral" .

## 2) *El interés superior del niño como principio jurídico garantista*

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, con base en el desarrollo teórico de FERRAJOLI, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales<sup>22</sup>. Lo cual, implica que los principios jurídicos garantistas "se imponen a las autoridades, esto es, son obligatori[o]s especialmente para las autoridades públicas y van dirigid[o]s precisamente (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño debe meramente 'inspirar' las decisiones de las autoridades"<sup>23</sup>.

Por lo tanto, el principio del interés superior del niño, reconocido en el art. 3 de la Convención, implicaría un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos. Ahora, ¿cuál es el contenido de este deber del Estado?

### 2.1) *El deber de satisfacer todos los derechos*

---

<sup>22</sup> Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, España, 2001, p. 45. Asimismo, se sostuvo que "es una prescripción de carácter imperativo, dirigida a las autoridades judicial y/o administrativas que trabajen con niños y adolescentes", JIMÉNEZ EDUARDO, GARCÍA MINELLA, GABRIELA, *Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio* en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectiva*, Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 74.

<sup>23</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 77.

Una vez determinada su función, se considera que su contenido resulta ser la satisfacción de todos los derechos del niño<sup>24</sup>. Agregándose que "reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño"<sup>25</sup>. De esta manera, se pretende positivizar el contenido del principio sobre la base de todos los derechos enumerados en la Convención, lo cual parecería garantizar la objetivación necesaria para preservar el paradigma de la "protección integral".

Sin embargo, consideramos que este deber estatal de satisfacer los derechos ya surge del propio articulado de la Convención al reconocerlos expresamente y disponer un mandato al Estado de efectivizarlos en otro artículo<sup>26</sup>. En consecuencia, el mandato que derivaría de esta interpretación del principio no agregaría nada que ya no esté previsto específicamente en las normas jurídicas contenidas en la Convención. Esto hace necesario reinterpretar el principio y asignarle un contenido específico, que lo diferencie de las obligaciones originadas en las otras normas jurídicas previstas en la Convención.

## 2.2) *El deber de privilegiar ciertos derechos de los niños*

Por nuestra parte, proponemos interpretar al principio del interés superior del niño como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un "interés superior" al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos.

---

<sup>24</sup> Cfr. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 78. En igual sentido, EDUARDO JIMÉNEZ Y GABRIELA GARCÍA MINELLA al sostener que "el interés superior del niño es la pura y simple satisfacción de sus derechos y garantías", *Los niños y adolescentes argentinos...* en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *El derecho constitucional del siglo XXI...*, ob. cit., p. 74.

<sup>25</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, p. 78.

<sup>26</sup> El artículo 4 dispone que "[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...".

### 2.2.1) *El privilegio no es general*

Entendemos que el privilegio no puede operar como regla general garantizando todos los derechos de los niños en las situaciones conflictivas. Pese a que se ha sostenido que "la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmadrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo... Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos"<sup>27</sup>. Agregando que "[e]n el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas... los derechos del niño deberán tener primacía no excluyente de los derechos de terceros".

Sin embargo, discrepamos con esta opinión doctrinaria, ya que la propia Convención<sup>28</sup> establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente

---

<sup>27</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 82

<sup>28</sup> Limitamos nuestro análisis al estudio de una interpretación coherente y sistemática de la Convención. Sin embargo consideramos que resulta cuestionable que un derecho individual quede sometidos a intereses colectivos definidos en forma vaga como "moral pública". Entendemos que esta regulación afecta el principio de inviolabilidad de la persona humana, por el cual, se "proscribe la imposición de cargas y sacrificios no compensables a ciertos individuos (sin contar con su consentimiento efectivo) sobre la base de que ello redunde en beneficio -incluso en un grado comparablemente mayor al perjuicio causado a aquellos individuos- de la mayoría de la población (o del Estado, una raza superior, una cierta clase social, etcétera)", NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis...*, ob. cit., ps. 418 y 419.



a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros<sup>29</sup>. Por ello mismo, no podemos afirmar la verdad de una proposición normativa que diga que "todos los derechos de los niños prevalecen sobre el resto de los intereses colectivos y sobre los demás derechos individuales". Más allá de lo que nos parezca deseable, esta proposición no se correspondería con el texto consagrado en la Convención y que limita nuestra interpretación.

### *2.2.2) El privilegio de ciertos derechos: el "núcleo duro"*

---

<sup>29</sup> A continuación enumeraremos los artículos de la Convención en donde se admite la limitación de derechos de los niños por la protección de intereses colectivos y derechos de terceros.

El Artículo 10 inciso 2 establece que "...los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención".

El artículo 13 dispone que "[e]l niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

Inciso 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas."

El artículo 14 inciso 3 regula que "La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

El artículo 15 inciso 1 establece que "Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

Inciso 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás".

La Convención reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación<sup>30</sup>, lo cual

---

<sup>30</sup> A continuación, transcribiremos parcialmente los artículos de la Convención que prevén derechos de los niños, en los cuales, no se prevé su limitación en forma expresa. El artículo 6 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

Inciso 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

El artículo 7 inciso 1 establece que "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad...".

El artículo 8 inciso 1 regula que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...".

El artículo 14 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia...".

El artículo 24 inciso 1 establece que "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios...".

El artículo 27 inciso 1 regula que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...".

El artículo 28 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho...".

El artículo 31 inciso 1 establece que "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes...".

El artículo 40 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Inciso 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

implica, a nuestro juicio, la existencia de un conjunto de derechos que deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Es decir, existiría un "núcleo duro" de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal.

### 2.2.3) *El privilegio en las políticas públicas*

El principio jurídico con el contenido que le asignamos tiene una consecuencia jurídica sumamente trascendente al obligar al Estado a otorgar prioridad a las políticas públicas destinadas a garantizar el "núcleo duro" de los derechos de la Convención<sup>31</sup>. En este sentido, se sostuvo que "reconociendo su carácter de grupo vulnerable, acentúa la necesidad de un redimensionamiento de las políticas públicas del Estado para articular debidamente las relaciones entre

---

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley [...]

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento...".

<sup>31</sup> A favor de una orientación prioritaria de los recursos estatales en aras de garantizar los derechos de los niños se pronuncia FEDERICO PALOMBA en *Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad*, en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, El Salvador, 1995, p. 17. Su fundamento radica en la vulnerabilidad propia de lo niños, al sostener que "su incapacidad de accionar sus derechos tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de protección social y jurídica", PALOMBA, FEDERICO, *Tendencias evolutivas...* en *La niñez y la adolescencia en conflicto...*, ob. cit., p. 18.

niños y adultos"<sup>32</sup>. Sin embargo, creemos que nuestra interpretación del interés superior del niño como principio jurídico garantista implica dar asidero normativo a estas consideraciones<sup>33</sup>.

#### 2.2.4) El límite de los recursos económicos

Generalmente se admite que un límite inevitable de la implementación de la políticas públicas radica en la falta de recursos económicos del Estado, lo cual se constituiría en una valla para la efectividad del principio del interés superior del niño.

Ante este planteo, consideramos que el redimensionamiento no debe verse estrictamente limitado por los recursos financieros recaudados por un Estado. Al respecto, explica BARATTA, que es necesario el agotamiento de todas las posibilidades de cumplir con la "obligación de procurar los recursos necesarios, a través de los instrumentos de la política fiscal y financiera"<sup>34</sup>. En consiguiente, el Estado viola su deber de satisfacer estos derechos cuando "no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles"<sup>35</sup>.

Esta visión se corresponde con la aceptación de que el objetivo último de la actividad financiera del Estado es la satisfacción de los derechos fundamentales<sup>36</sup>. Sobre la base de esta conclusión, el Estado resulta ser el

---

<sup>32</sup> JIMÉNEZ, EDUARDO, GARCÍA MINELLA, GABRIELA, *Los niños y adolescentes argentinos...* en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *El derecho constitucional del siglo XXI...*, ob. cit., p. 77

<sup>33</sup> Debe recordarse que encontrar un anclaje normativo oculta la inevitable función creadora del juez, al respecto señala ALF ROSS que "[e]l juez no admite en forma abierta, por lo tanto, que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley", *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997, ps. 175 y 176.

<sup>34</sup> BARATTA, ALESSANDRO, *Infancia y Democracia* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 37.

<sup>35</sup> BARATTA, ALESSANDRO, *Infancia y Democracia* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 37.

<sup>36</sup> Esta relación entre la política financiera y los derechos humanos ha sido esclarecida por HORACIO CORTI, al sostener que el Estado deberá obtener los recursos necesarios para satisfacer los derechos fundamentales y, no como se suele sostener, que la eficacia de los derechos humanos dependería de los recursos estatales. Al respecto puede

obligado a modificar su política recaudadora para satisfacer los derechos de los niños y no son éstos los que deben dejar de "ser" sujetos de derechos por no ser suficiente la obtención de recursos económicos.

### 3) *El interés superior del niño como pauta interpretativa*

En otras normas jurídicas de la Convención, que antes enumeramos, el interés superior del niño actúa como pauta interpretativa para solucionar conflictos entre los derechos de los niños. Esto acontece cuando el articulado de la Convención establece que un derecho del niño verá limitada su vigencia en virtud del interés superior del niño

#### 3.1) *Interpretación sistemática*

Se sostiene en doctrina que el interés superior del niño consagraría, en estos casos, el criterio sistemático de interpretación. Al respecto, señala BRUÑOL que "[l]os derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño"<sup>37</sup>. Asimismo, sostiene que el interés superior del niño "permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño"<sup>38</sup>.

En relación con esta posición, debemos decir que toda orden normativo se interpreta sistemáticamente en aras de una consideración y aplicación racional de sus preceptos normativos<sup>39</sup>. En consecuencia, la Convención, también,

---

consultarse *La Ley de Presupuesto ante la Constitución*, Revista Lecciones y Ensayos, Editorial Lexis-Nexis, Nro. 77, Argentina, 2002.

<sup>37</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, p. 81.

<sup>38</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit, p. 81.

<sup>39</sup> De otro modo, no se respondería al ideal por el cual "los sistemas de normas [son] coherentes, completos, económicos y operativos", NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis...*, ob. cit., p. 272.

debe ser interpretada sistemáticamente por ser un orden normativo. Si por un momento nos imaginamos que el principio no existiese, jamás podríamos deducir que la Convención no debe interpretarse sistemáticamente, de lo contrario nos opondríamos a presupuestos básicos de la teoría general del derecho. Por consiguiente, el interés superior del niño, en el caso que estableciera el criterio de interpretación sistemático, carecería de relevancia jurídica específica.

### 3.2) Interpretación jerárquica

Por nuestra parte, consideramos que cuando la Convención establece que un derecho del niño cede ante el interés superior del niño está disponiendo que determinados derechos pueden ser restringidos en aras de garantizar la eficacia de derechos de mayor jerarquía<sup>40</sup>. De este modo, se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo diseñado. Estos derechos de jerarquía superior son los que hemos detallado en el punto 2.2.2 y que constituyen el "núcleo duro" de la Convención.

En conclusión, el interés superior del niño como pauta interpretativa permitiría solucionar conflictos entre los derechos consagrados en la Convención dando privilegio a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores. Debe destacarse que esta propuesta permite evitar que se esgrima el interés superior del niño para limitar discrecionalmente derechos de los niños, sin proteger al mismo tiempo los derechos fundamentales consagrados en la Convención. De este modo, cualquier limitación a un derecho del niño

---

<sup>40</sup> En relación con la jerarquía de los derechos humanos, se ha señalado que "entre los derechos humanos, como se ha observado más de una vez, hay derechos con *status* muy diversos entre sí. Hay algunos que valen en toda situación y para todos los hombres indistintamente [...] Estos derechos son privilegiados porque no entran en competición con otros, también fundamentales", BOBBIO, NORBERTO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1982, p. 123. Asimismo, desde una posición iusnaturalista, se ha dicho que "es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenanda en relación con la idea de dignidad humana (la que aquí defiendo es, de mayor a menor importancia, los derechos personales y de seguridad, los derechos cívico-políticos y los derechos económico-sociales)", FERNÁNDEZ, EUSEBIO, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, España, 1984, p. 114.

esgrimiendo el interés superior del niño deberá fundamentar la protección efectiva de un derecho perteneciente al "núcleo duro" de la Convención.

### **Extra-Convención: La deslegitimación liberal.**

#### **La crítica liberal al interés superior del niño**

De este modo, se contribuirá a precisar el mandato normativo proveniente de esta fuente de derecho al momento de su aplicación por un órgano estatal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este mandato normativo, al momento de su aplicación, deberá confrontarse con las reservas a la Convención realizadas por el Estado parte obligado y el resto de la normativa internacional y nacional de dicho Estado respetando el principio de *in dubio pro homine*<sup>41</sup>.

Un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones otorgado a la autoridad pública resulta acorde con el paradigma de la situación irregular caracterizado por una relación autoritaria entre el Estado y los niños. Indudablemente, este margen de discrecionalidad se contrapone con el paradigma de la "protección integral", el cual tiene como una de sus principales consecuencias normativas la contención del poder estatal limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en la relación Estado-niños<sup>42</sup>.

Más allá de su vinculación con el paradigma de la situación irregular, en líneas generales, debemos decir que resulta contrario a un Estado liberal, permitir que las autoridades públicas determinen por sí y con un enorme margen de discrecionalidad cuales son los intereses individuales imponiendo límites a la libertad personal y determinando los planes de vida de los individuos. Al respecto, debe oponerse el principio liberal de autonomía de la persona humana, por el cual, se "prescribe que el Estado debe permanecer

---

<sup>41</sup> Este principio se encuentra previsto en la Convención, específicamente, en el art. 41. Se sostiene que a "la luz del criterio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria", PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Argentina, 1997, p. 81

<sup>42</sup> Esta relación entre la discrecionalidad y el paradigma de situación irregular es señalada por GARCÍA MÉNDEZ cuando afirma que

neutral respecto de los planes de vida individuales y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción se opone al enfoque *perfeccionista*, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana", NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 420.

Cuestionando el principio por el cual el poder político debe velar por la felicidad de las personas, se ha alzado FICHTE considerando que este "principio dice que nosotros no sabemos lo que promueve nuestra felicidad, lo sabe el príncipe y es él quien tiene que guiarnos hasta ella, por eso tenemos que seguir a nuestro guía con los ojos cerrados. El hace con nosotros lo que quiere, y si le preguntamos, nos asegura bajo su palabra que eso es necesario para nuestra felicidad. Pone la soga en torno al cuello de la humanidad y grita: 'Calma, calma, es todo por vuestro bien'.

No, príncipe, tú no eres nuestro *Dios*. De *Él* esperamos la felicidad, de *ti* la protección de nuestros derechos. Con nosotros, no debes ser *bondadoso*, debes ser *justo*", FICHTE, JOHANN GOTTLIEB, *Reinvindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, traducción de Faustino Oncina Coves, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 12.

"[l]as normas jurídicas se convirtieron en el sucedáneo menos oneroso frente a la ausencia de políticas sociales básicas adecuadas. La doctrina de la situación irregular constituyó el soporte jurídico ideal para legitimar las prioridades establecidas"<sup>43</sup>.

Se ha considerado que el "interés superior del niño", resulta ser de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional de este cuerpo normativo. Al respecto, se señala que "el comité de Derechos del niño... ha establecido que el interés superior es uno de los principios generales de la

---

<sup>43</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Perspectivas de un derecho penal del niño". Revista Nueva Doctrina Penal. 1997-A. Ediciones Del Puerto. Argentina. 1997.



Convención, llegando a considerarlo como principio 'rector-guía' de ella"<sup>44</sup>. Agrega BRUÑOL que "cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el 'interés superior del niño' deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de la Convención"<sup>45</sup>.

Dada la importancia destacada por los órganos internacionales de control y la doctrina hemos decidido estudiar las funciones normativas cumplidas por este principio sobre la base de una interpretación de la Convención. Este estudio nos ha permitido considerar que el interés superior del niño cumple dos funciones normativas: en el art. 3<sup>46</sup> es un principio jurídico garantista y en los demás artículos<sup>47</sup> actúa como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos del niño.

Antes de adentrarnos en la explicación de estas funciones normativas, nos detendremos en la crítica a las normas que prevén en su articulado al interés superior del niño, ya que dicho cuestionamiento ha motivado y guiado nuestro estudio.

## Palabras finales

En definitiva, consideramos que el interés superior del niño debe ser interpretado como un complejo de derechos fundamentales ("núcleo duro") consagrados en la Convención. De este modo, entendemos que hemos objetivado el contenido del principio.

Las funciones normativas del interés superior del niño serían, a saber:

En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al "núcleo duro" frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de

---

<sup>44</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998, p. 71.

<sup>45</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño...* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., p. 71.

<sup>46</sup>

<sup>47</sup>

privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.

En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al "núcleo duro" de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al "núcleo duro" de la Convención.

Consideramos que esta interpretación que hemos propuesto resulta en gran medida acorde al paradigma de "protección integral" al objetivar las relaciones Estado-niños, limitar la discrecionalidad de las autoridades públicas en estas relaciones y garantizar, en todo momento, la protección de los derechos de los niños consagrados en la Convención.

"En una situación estructural de pobreza crítica como la de América Latina, condiciones de vida institucionales, inferiores a las de la población libre, conspiran directa y abiertamente contra el más ingenuo incluso de los ideales de resocialización. Condiciones de vida inferiores a las de la población libre, implican hoy sufrimientos reales diametralmente opuestos a cualquier política de prevención-protección", G. Méndez, 109.

Esta orientación prioritaria debe hacerse pese a la escasez recursos generadas por recesiones o crisis económicas, al respecto se ha considerado que "[a]un en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores, el Estado debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo costo"<sup>48</sup>.

Esto implica que los niños deben ser privilegiados, en cuanto a la orientación de la política presupuestaria del Estado, obviamente, sin dejar de lado, la garantía de los derechos humanos del resto de la población. Este privilegio se mantendrá, e incluso debería incrementarse, en las situaciones de crisis

---

<sup>48</sup> ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Hacia la exigibilidad...*, ob. cit., p. 50.

económicas cuando la eficacia de los derechos de los niños puede verse aun más vulnerada.

El privilegio de los niños consistirá, a nuestro juicio, en la llana prohibición de regresividad no justificable jamás por la escasez de recursos económicos generada por una crisis económica o una recesión.

Si tenemos en cuenta que los niños son sujetos de derechos, pero que ante "su incapacidad de accionar sus derechos tiene que ser suplida con adecuados instrumentos de protección social y jurídica"<sup>49</sup>, debe existir una orientación prioritaria de los recursos estatales en aras de garantizar sus derechos<sup>50</sup>.

## Bibliografía

BARATTA, ALESSANDRO, *Infancia y Democracia* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998

BELOFF, MARY ANA, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/ Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Perspectivas de un derecho penal del niño*, Revista Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Argentina, 1997-A.

BOBBIO, NORBERTO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1982.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención*

---

<sup>49</sup> PALOMBA, FEDERICO, *Tendencias evolutivas...*, ob. cit., p. 18.

<sup>50</sup> Cfr. PALOMBA, FEDERICO, *Tendencias evolutivas...*, ob. cit., p. 17

*Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998.

CORTI, HORACIO, *La Ley de Presupuesto ante la Constitución*, Revista Lecciones y Ensayos, Editorial Lexis-Nexis, Nro. 77, Argentina, 2002.

DIAZ OJEDA, AUGUSTO, *El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas*, Propuestas de proyectos legislativos sobre niños y adolescentes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales.

FERNÁNDEZ, EUSEBIO, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, España, 1984.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, España, 2001.

FICHTE, JOHANN GOTTLIEB, *Reinvindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, traducción de Faustino Oncina Coves, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 12.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, en *Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia* en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, BELOFF, MARY (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998.

JIMÉNEZ, EDUARDO, GARCÍA MINELLA, GABRIELA, *Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio* en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ed. Ediar.

NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.

PALOMBA, FEDERICO, *Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad*, en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, El Salvador, 1995.

PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Argentina, 1997

ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997.